

PERKAWINAN YANG TIDAK DICATATKAN: DAMPAKNYA BAGI ANAK¹

Muhammad Joni

Tim Ahli bidang Hukum Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI)

Email: mhjoni@yahoo.com

Abstract

The analysis in this article will utilize the principles of non-discrimination and the best interest of the child. The principle of non-discrimination is central in all international human rights convention. This principle of non-discrimination is deeply entwined with the principle of the best interest of the child. The latter principle is of paramount consideration in the issue of marriage registration. This article stresses that registration of marriage is not simply a simple nor personal issue, but also raises the issue of the rights of children. Therefore, this issue cannot be distanced from the responsibility and role of the state. Unregistered marriages have a direct effect on children as legal subjects, and individual whose rights are guaranteed, recognized and protected. Unregistered marriages are simply incompatible with the rights of children, as those marriages are positioned vis-à-vis the need for child protection, whether in family law or their individual fulfillment of rights. The legal consequence from such unregistered marriages is unfairly burdened on children. Therefore, the risks and consequences of such marriages stand as a barrier to children's rights. The legal vacuum which arise must be dealt with. Children born from unregistered marriages must still have a legal relationship with both parents, a relationship which cannot

¹Makalah ini pernah disajikan pada Seminar bertajuk "Quo Vadis *Itsbat Nikah* dalam UU Perkawinan Tahun 1974", diselenggarakan Pusat Studi Wanita (PSW) Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta, bekerjasama dengan The Asia Foundation (TAF) dan Ditjen Badilag Mahkamah Agung RI, di Yogyakarta, 25 Januari 2013.

be subverted legally. Even when born from unregistered marriages, the non-marital child must still have civil relations with his biological mother and her kin as well as his biological father and his kin.

Kata kunci: *Non Diskriminasi, Kepentingan Anak, Hak Anak, Hukum, Perkawinan.*

I. Pendahuluan

Anugerah itu senantiasa dikabarkan, bahkan sukacita yang dirayakan. Jangan heran jika seorang ibu melahirkan anak, sang ayah mengabarkan ke segenap kerabat, keluarga dan komunitas sosial. Waras dan manusiawi apabila peristiwa kebahagiaan itu dikabar-kabarkan. *Idemditto*, pemberitahuan kelahiran anak, peristiwa perkawinan juga kesukacitaan. Masuk logika² jika peristiwa perkawinan maupun peristiwa kelahiran anak dikabarkan, sebagai cara mencatatkan peristiwa ke dalam “memori publik”.

Itulah alasan logis maupun sosiologis yang paling inti mengapa mencatatkan perkawinan dan kelahiran anak. Tidak logis dan janggal sosial jika perkawinan disembunyikan atau tidak dicatatkan, walaupun sekedar ke dalam “memori publik”. Hukum diakui sebagai sistem norma yang mengutamakan “*norm and logic*” (Austin dan Kelsen) yang terwujud sebagai sistem perilaku.³

Kua-normatif dalam ajaran agama Islam, perkawinan adalah sunnah Rasulullah dan perbuatan itu dalam rangka mencapai taqwa dan beribadah kepada Allah SWT. Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyebutkannya sebagai “untuk menaati perintah Allah” dan sebagai sarana “ibadah” kepada Allah.⁴ Perbuatan yang mulia, sukacita dan waras jika dikabarluaskan.

Sebagai suatu perbuatan mengikuti sunnah, maupun peristiwa kontraktual yang tidak biasa namun bersifat sakral⁵ maka tidak relevan jika

²Logika disebut oleh Epikoros dengan istilah “kanonika”. Logika harus melahirkan norma untuk pengetahuan dan criteria untuk kebenaran. Lihat Mohammad Hatta, *Alam Pikiran Yunani*, (Jakarta: Universitas Indonesia Press dan Tintamas, 1980), 143.

³Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif-Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2012), 103.

⁴Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 2.

⁵Masdar Farid Mas’udi, *Syarah Konstitusi UUD 1945 Dalam Perspektif Islam*, (Jakarta: Pustaka Alfabet dan Lembaga Kajian Islam & Perdamaian (LaKIP), 2010), 146.

perkawinan sengaja dirancang sehingga menimbulkan *mudharat*⁶, dengan menyembunyikan (pencatatan) peristiwa hukum perkawinan itu⁷. Apalagi jika dengan menyelundupkan hukum untuk memperoleh keabsahan perkawinan.

Adalah faktual dan bukan persangkaan⁸, masih banyak anak yang lahir dari perkawinan tidak dicatatkan yang mengalami diskriminasi pemenuhan dan perlindungan hak anak, mencakup relasi dalam hukum keluarga, termasuk hak-hak anak atas pelayanan sosial, pendidikan, dan pencatatan kelahiran⁹. Tentu saja hal itu *vis a vis* dengan prinsip kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*).

Dalam menganalisis permasalahan hukum atas perkawinan yang tidak dicatatkan, tidak bisa ditolak merupakan perbuatan hukum yang dilakukan dan terjadi dalam masyarakat. Untuk itu perlu diperiksa apakah perkawinan yang tidak dicatatkan itu dikehendaki, atau perkawinan yang tidak dicatatkan dan tidak dikehendaki, atau perkawinan yang tidak dicatatkan yang disembunyikan.

Padahal, anak yang dilahirkan membawa hak-hak anak (*rights of the child*) yang pada prinsipnya tidak boleh diperlakukan berbeda atau diskriminasi. Anak dari relasi perkawinan bagaimanapun (dicatatkan, atau tidak dicatatkan, ataupun anak yang lahir tidak dalam hubungan perkawinan sah atau non-marital child), namun anak tetap otentik sebagai subyek hukum yang memiliki hak-hak anak yang setara (*equality on the rights of the child*).¹⁰

Apapun kondisi relasi perkawinan atau hambatan yuridis dalam perkawinan orangtuanya, tidak absah dibebankan dampaknya diturunkan kepada anak. Selain itu, anak mempunyai hak atas tanggungjawab orangtuanya, walaupun akibat dari perkawinan tidak dicatatkan, bahkan non marital child

⁶Menurut MUI, dampak buruk adalah *mudharat* yang seringkali timbul akibat perkawinan yang tidak dicatatkan, lihat Redaksi, "KPAI Ingatkan Pernikahan Siri - Dampak Problem Sosial Anak", Warta KPAI Edisi II, (2010), 21.

⁷Menurut Prof.Dr.T.Jafizham,SH., perkawinan bukan suatu hubungan secara diam-diam. Perkawinan menurut agama Islam salah satu tandanya mengumumkan berita perkawinan secara terbuka, bahkan dibenarkan dengan suatu upacara dan permainan musik. Lihat T.Jafizham, *Persintuhan Hukum di Indonesia dengan Hukum Perkawinan Islam*, (Jakarta: Mestika, 2006), 272.

⁸Persangkaan itu lawan kebenaran. Vos menggunakan istilah "schijn", bahasa Belanda yang berarti suatu keadaan yang tidak sebenarnya, sedang Russel menggunakan istilah "Ilusion". Lihat Mahadi, *Falsafah Hukum Suatu Pengantar*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1989), 61.

⁹Muhammd Joni, "Nikah Siri Tak Hapus Hak Akte Kelahiran Anak", Warta KPAI Edisi II (2010), 24.

¹⁰*Ibid.*

sekalipun. Hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai ayahnya tidak semata-mata disebabkan ikatan perkawinan¹¹.

Pun demikian tanggungjawab dan kewajiban Negara memenuhi, melindungi, memajukan, penegakan hak asasi manusia¹² yang direalisasikan kepada setiap anak.

Hak anak itu otentik melekat pada setiap anak. Hak anak merupakan anugerah yang diberikan tanpa membedakan anak itu sendiri. Tidak bertanggungjawab jika hambatan yuridis atas status legal perkawinan orangtuanya mengganjal realisasi hak-hak anak. Hak anak adalah “anugerah” atau otorisasi yang otentik diberikan kepada setiap anak (*every child*), dan atas semua hak-hak termasuk hak privatnya - yang sudah formal dalam dokumen instrumen hak anak. Tanpa menoleh status hukum dari perkawinan yang melekat pada orangtuanya. John Gray dalam buku “*Children are from Heaven*”¹³ menuturkan betapa anak-anak dilahirkan baik dan tidak berdosa.

Asas atau prinsip *non discrimination* ini berkelindan dengan asas kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*).¹⁴ Kepentingan terbaik bagi anak menjadi pertimbangan utama dalam memahami, membedah dan membangun hukum. Dalam Pasal 2 Deklarasi Hak Anak sudah menegaskan prinsip *the best interest of the child* sebagai pertimbangan paling puncak (*paramount consideration*).¹⁵

¹¹Redaksi, “Keadilan bagi Anak di Luar Nikah”, Majalah Konstitusi No. 61 – Februari (2012), 3. Bersesuaian dengan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010. Menurut MK, menjadi tidak tepat dan tidak adil apabila hukum menetapkan bahwa anak yang dilahirkan dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Mahkamah Konstitusi memutuskan Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.

¹²Pasal 28 I ayat (4) UUD 1945.

¹³John Gray, *Children are from Heaven*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001), 1.

¹⁴Prinsip dalam UU Nomor 23 Tahun 2002 yang bersesuaian dengan Konvensi Hak Anak.

¹⁵Bunyiya, “*The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount considerations*”. Lihat Unicef, “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”, (New York, 1998), 39.

Elaborasi dan analisis dalam makalah ini menggunakan kedua prinsip atau asas tersebut untuk membedah permasalahan hukum atas perkawinan yang tidak dicatatkan dan dampaknya terhadap anak.

II. Bentuk dan Konstruksi Kasus

Perkawinan yang tidak dicatatkan ternyata, *defacto* dan dalam kasus konkrit bukan bentuk yang sederhana dan tunggal. Bahkan, dalam bentuk tertentu sudah merupakan perbuatan sindikasi yang bersentuhan dengan aspek sosial, ekonomi, kultural dan tentu saja hukum. Berbagai kasus kejahatan perdagangan orang yang terungkap ke media, ternyata perkawinan yang tidak dicatatkan karena pernikahan paksa, atau perbudakan berkedok pernikahan (*servile marriage*) sebagai modus perdagangan anak dan perempuan¹⁶.

Mencermati berbagai kasus konkrit, perkawinan yang tidak dicatatkan itu memiliki konstruksi hukum yang beragam yang dapat dibedakan antara:

- (1) Perkawinan yang tidak dicatatkan namun anak diinginkan, dengan ciri dan keadaan antara lain: anak diakui nasabnya, dukungan biaya kebutuhannya, diakui dalam status/pergaulan sosial orangtuanya, namun masih disembunyikan atau diam-diam (misalnya karena perkawinan poligami, namun tidak memiliki izin poligami)¹⁷.
- (2) Perkawinan yang tidak dicatatkan dan anak tidak diinginkan, dengan ciri dan keadaan antara lain: anak tidak diakui menggunakan nasab ayah, dukungan biaya kebutuhan (ada yang tidak), penerlantaran, tidak diakui dalam pergaulan sosial orangtuanya, kadangkala diceraikan¹⁸.

¹⁶Lihat Neha Misra dan Ruth Rosenberg, "Perbudakan Berkedok Pernikahan dan Pengantin Pesanan", dalam Ruth Rosenber (Editor), "Perdagangan Perempuan dan Anak di Indonesia", (Jakarta: IOMC dan ACILS, 2003), 118-119.

¹⁷Lihat Sander Diki Zulkarnaen, "Hindari Penelantaran Anak Akibat Nikah Siri", dalam Warta KPAI Edisi II, (2010), 36-37. Menurut Prof. Dr. T. Jafizham, S.H., agama Islam pada prinsipnya menghendaki seorang pria bermonogami. Beristri lebih dari satu atau poligami termasuk hal-hal *exceptioneel*. Berpoligami bukanlah suatu rumah tangga yang sempurna, nilainya sama dengan separuh rumah tangga sempurna. Lihat, T.Jafizham, *Persintuhan Hukum di Indonesia*, 277-279.

¹⁸<http://www.lbh-apik.or.id/catahu%202009.htm>. Tercatat kasus pernikahan siri sebagai kasus menonjol yang dilaporkan ke LBH APIK pada tahun 2009. Menurut data, konstruksi kasus seperti ini tercatat di LBH APIK sebanyak 130 kasus, perceraian merupakan pilihan tertinggi bagi perempuan korban untuk memutus rantai kekerasan dalam rumah tangga yang dialaminya. Perempuan menggugat cerai (49%) sedangkan suami yang menceraikan korban (3%). Dari angka gugatan cerai perempuan tersebut, 46,8% akibat nikah siri yang dilakukan suami yang menyebabkan KDRT berupa penelantaran

- (3) Perkawinan yang tidak dicatatkan karena kesulitan akses pencatatan, dengan ciri dan keadaan antara lain: anak diakui nasabnya, dibiayai, diakui dalam pergaulan sosial orangtuanya, namun tidak tercatat karena biaya mahal atau sulit akses pencatatan perkawinan.
- (4) Perkawinan yang tidak dicatatkan karena penyelundupan hukum “kawin kontrak”¹⁹, atau modus penjualan bayi²⁰ dengan ciri dan keadaan antara lain: ada kontroversi dalam pengakuan nasab, setelah kawin kontrak berakhir anak tidak dibiayai, tidak diakui dalam pergaulan sosial orangtuanya (hampir mirip non marital child).
- (5) Perkawinan dini yang tidak dicatatkan, karena belum memenuhi syarat umur dan dengan modus memberikan pembayaran uang atau bentuk lainnya²¹.

Menurut Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI), konstruksi sosial dari perbuatan perkawinan tidak dicatatkan dibedakan antara 3 (tiga) bentuk²²:

rumah tangga. Dari 46,8% tersebut, 43,4% nya istri yang dinikah siri mengajukan gugatan perceraian karena menjadi korban penelantaran;

¹⁹Di dalam agama Islam, menurut Abdus Salam Nawawi, dari Fakultas Syariah IAIN Sunan Ampel Surabaya, kawin kontrak dikenal dengan istilah kawin *mut’ah*. Sifat kawin *mut’ah* lebih menitikberatkan pada kesenangan yang dibatasi oleh waktu tertentu. Kawin *Mut’ah* ini, sebagian besar ulama Islam mengharamkannya. Hakim Agung Rifyal Ka’bah berpendapat kawin *mut’ah* lebih mengarah pada kesenangan belaka. Lihat [www.hukumonline.com](http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol15650/kawin-kontrak-antara-agama-hukum-dan-realita) “**Kawin Kontrak: Antara Agama, Hukum dan Realita**”, 24 Oktober 2006, diunduh dari <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol15650/kawin-kontrak-antara-agama-hukum-dan-realita>, diunduh tanggal 21 Januari 2013. Lihat juga [www.jpnn.com](http://www.jpnn.com/read/2012/12/08/149715/Kawin-Kontrak-Di-Puncak-Sulit-Diberantas- tanggal 21 Januari 2013), “**Kawin Kontrak Di Puncak Sulit Diberantas**”, Sabtu, 08 Desember 2012, 11:10:00, diunduh dari <http://www.jpnn.com/read/2012/12/08/149715/Kawin-Kontrak-Di-Puncak-Sulit-Diberantas- tanggal 21 Januari 2013>.

²⁰Majalah GATRA, No. 44 Tahun IX, 20 September 2003. Modus penjualan bayi menggunakan konsep “ijon”, dimana perempuan sengaja dicari, menikahinya secara “sah”, dan akhirnya hamil namun untuk mengambil calon bayinya.

²¹Praktek perkawinan dini bahkan ada yang usia 15 tahun bahkan 12 tahun. Terhadap bentuk dan konstruksi sedemikian bisa masuk dalam kualifikasi eksploitasi seksual anak apabila dilakukan untuk pelampiasan nafsu seksual dan dengan pemberian imbalan uang atau pembayaran lain. Lihat ECPAT International, “Memerangi Pariwisata Seks Anak-Tanya & jawab”, E-Book diunduh dari www.ecpat.com/EI/Publications/CST/CST_FAQ_BAHASA.

²²Pendapat KPAI disampaikan saat bertemu dengan Majelis Ulama Indonesia (MUI) Pusat, yang disampaikan oleh Hadi Supeno (Ketua KPAI saat itu) yang diterima oleh segenap jajaran pengurus MUI Pusat diantaranya K.H. Ma’ruf Amin, K.H. Kholil Ridwan, Dr. Anwar Abbas, dan Sekretaris Umum MUI Pusat Ichwan Syam. Lihat Redaksi, “KPAI Ingatkan Pernikahan Siri – Dampak Problem Sosial Anak”, Warta KPAI Edisi II (2010), 21.

- (1) Perkawinan yang tidak dicatatkan (nikah siri) yang bersifat eksploitatif berbentuk “kawin kontrak” yang dalam kasus tertentu terjadi antara warga negara asing dengan perempuan lokal.
- (2) Perkawinan yang tidak dicatatkan karena tidak memiliki akses terhadap pelayanan publik.
- (3) Perkawinan yang tidak dicatatkan yang bertujuan hanya sebagai pelampiasan hasrat seksual semata.

Pembedaan ini berguna untuk identifikasi permasalahan hukumnya, dan menelaah bagaimana pencatatan kembali atau pengakuan dan pengesahan atas perkawinan yang tidak dicatatkan, yang berimplikasi pada pengakuan status hukum, status sosial, hak pewarisan, dukungan biaya hidup, hak atas identitas serta hak-hak anak yang dilahirkan dari perkawinan tidak dicatatkan.

Dalam hal perkawinan yang tidak dicatatkan yang bersifat eksploitatif berbentuk “kawin kontrak”, mengandung kontroversi perihal anak yang dilahirkan karena itu secara sosiologis maupun yuridis tipis sekali perbedaannya dengan non marital child. Perihal anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan karena “kawin kontrak” ini hampir mirip dengan non marital child yang status hukum dan sosialnya lemah, mengalami diskriminasi dan memiliki dampak buruk atau *mudharat* bagi anak maupun ibunya²³.

Dari bentuk dan konstruksi kasus perkawinan tidak dicatatkan tersebut, yang dalam berbagai modus menggunakan legalisasi hukum formil untuk mengesahkan perkawinan, namun maksud aslinya untuk eksploitasi seksual. Oleh karena itu, menelaah perkawinan tidak dicatatkan adalah tidak tepat jika hanya mengandalkan pengujiannya berdasarkan peraturan perundang-undangan mengenai *itsbat* nikah,²⁴ namun lebih dalam menelaah system nilai

²³Menurut Fatwa MUI, perkawinan tidak dicatatkan atau perkawinan dibawah tangan hukumnya sah, namun haram jika terdapat mudharat. Lihat, Warta KPAI, “Ibid”. Di kalangan masyarakat Asia Selatan, terdapat perbedaan yang tajam atas anak yang marital child dengan non marital child. Terhadap non marital child jarang sekali memperoleh sentuhan dari Negara dan kebijakan pembangunan dalam hal hubungan keluarga, sehingga menjadi sebab adanya diskriminasi. Non marital child disebut juga “*illegitimate*” child, yang dalam English Common Law disebut *filius nuli* atau *the child of no one*. Penjelasan lebih lanjut dalam Savitri Goonesekere, *Children, Law and Justice A South Asian Perspective*, (New Delhi: Unicef & Sage Publications, 1998), 147-148.

²⁴Term Of Reference (TOR) Seminar “Quo Vadis *Itsbat* Nikah dalam UU Perkawinan Tahun 1974”, diselenggarakan Pusat Studi Wanita (PSW) Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta, bekerjasama dengan The Asia Foundation (TAF) dan Ditjen Badilag Mahkamah Agung RI, di Yogyakarta,

dan hak konstitusional perlindungan anak Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 sebagai acuannya.²⁵

III. Mengulas Prinsip Hak Anak, Mencermati Dampak

Asas atau prinsip adalah pemberi arah dan indikasi otentiknya bagi suatu norma hukum. Apabila hendak merujuk dan takluk kepada aliran hukum alam, menurut Mahadi, norma hukum yang tidak sesuai dengan asas tidak boleh disebut norma hukum. Jika norma hukum yang dibuatkan sesuai dengan asas, maka laksana seorang bayi dalam kandungan, norma hukum itu telah masak untuk dilahirkan, telah matang untuk dilepaskan ke dalam masyarakat.²⁶

A. Prinsip Non Diskriminasi.

Alinea pertama dari Pasal 2 KHA menciptakan kewajiban fundamental negara peserta (*fundamental obligations of state parties*) yang mengikatkan diri dengan KHA untuk menghormati dan menjamin (*to respect and ensure*) seluruh hak-hak anak dalam konvensi ini kepada semua anak dalam semua yurisdiksi nasional dengan tanpa diskriminasi dalam bentuk apapun. Prinsip nondiskriminasi ini diartikulasikan pada umumnya konvensi dan atau instrumen internasional HAM utama²⁷, seperti *Universal Declaration of Human rights*, *International Covenant on Civil and Political Rights*, and *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *Convention on Elimination of All Form Discrimination Against Women* (CEDAW).

Beberapa konvensi HAM mengartikan diskriminasi sebagai adanya pembedaan (*distiction*), pengucilan (*exclusion*), pembatasan (*restriction*) atau pilihan/pertimbangan (*preference*), yang berdasarkan atas ras (*race*), warna kulit

25 Januari 2013. Penting menggunakan asas kepentingan terbaik bagi anak dan menggunakan hak konstitusional anak yang sudah dijamin Pasal 28B ayat (2) UUD

²⁵Lihat, Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif*, 104. Menjelaskan norma hukum itu memiliki relasi hirarkhis yang mengacu kepada system nilai yang ideal, dan relasi interaksionis.

²⁶Menurut Mahadi, kalau norma hukum sudah ditetapkan oleh instansi yang berhak dan sesuai pula dengan asas, jangan ada sangkaan bahwa uraian tentang norma hukum telah selesai. Kalau sudah ditetapkan oleh instansi yang berwenang dan sesuai pula dengan asas, maka laksana seorang bayi dalam kandungan, norma hukum itu telah masak untuk dilahirkan, telah matang untuk dilepaskan ke dalam masyarakat. Lihat, Mahadi, *Falsafah Hukum Suatu Pengantar*, 94.

²⁷Savitri Goonesekere, *Children, Law and Justice*, 140.

(colour), kelamin (sex), bahasa (language), agama (religion), politik (political) atau pendapat lain (other opinion), asal usul sosial atau nasionalitas, kemiskinan (poverty), kelahiran atau status lain.

Prinsip nondiskriminasi yang terdapat pada berbagai konvensi internasional mengindikasikan pemahaman bahwa kerap kali diskriminasi dalam setiap aspek dan kelompok manusia, termasuk anak-anak.

Acuan terhadap rumusan diskriminasi dapat pula dikutip dari Pasal 1 Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial, yang memberikan definisi atas “*racial discrimination*”, sebagai berikut: “*any distinction, exclusion, restriction or preference base on race, colour, descent or national ethnic origin wich has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life*”.

Dalam hukum nasional, pengertian diskriminasi dapat diperoleh dari Pasal 1 butir 3 Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (“UU HAM”), yang berbunyi sebagai berikut: “*Diskriminasi adalah setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tidak langsung didasarkan pada pembedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan, politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan, pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya*”.

Bahkan, dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945²⁸, dirumuskan secara eksplisit hak setiap anak atas perlindungan dari diskriminasi, yang berbunyi sebagai berikut: “*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*”.

Prinsip nondiskriminasi menjadi sentral dalam setiap konvensi HAM internasional, dan senantiasa dipertanyakan dalam evaluasi pelaksanaan dan kemajuan konvensi, termasuk pelaksanaan KHA. Berdasarkan evaluasi

²⁸Bandingkan dengan Pasal 2 UU Nomor 23 Tahun 2002, dimana Pasal 28 B ayat 2 UUD 1945, tidak memasukkan hak atas partisipasi (*participation rights*) sebagai hak anak, sedangkan Konvensi Hak Anak dan UU Nomor 23 Tahun 2002 lebih maju dari Pasal 28 B ayat (2) UUD 1945 yang memasukkan hak partisipasi anak.

atas sejumlah 168 *Initial Report*²⁹ Negara peserta KHA yang dilakukan Komite PBB tentang Hak Anak (*United Nations's Committee on the Rights of the Child*), teridentifikasi lingkup diskriminasi dan kelompok yang terkena dampak diskriminasi termasuk anak dari perkawinan tidak dicatatkan yang menimbulkan anak yang tidak dicatatkan kelahiran (*children not registered at birth*), non-marital child, dan sebagainya.³⁰

B. Asas Kepentingan Terbaik bagi Anak

Prinsip kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*) diadopsi dari Pasal 3 ayat 1 KHA, dimana prinsip ini diletakkan sebagai pertimbangan utama (*a primary consideration*) dalam semua tindakan untuk anak, baik oleh institusi kesejahteraan sosial pada sektor publik ataupun privat, pengadilan, otoritas administratif, ataupun badan legislatif.

Pasal 3 ayat 1 KHA meminta negara dan pemerintah, serta badan-badan publik dan privat memastikan dampak terhadap anak-anak atas semua tindakan mereka, yang tentunya menjamin bahwa prinsip *the best interest of the child* menjadi pertimbangan utama, memberikan prioritas yang lebih baik bagi anak-anak dan membangun masyarakat yang ramah anak (*child friendly-society*).

Jika dirunut dalam sejarahnya, prinsip *the best interest of the child* ini pertama kali dikemukakan pada *Declaration of the Rights of the Child* tahun 1959. Dalam Pasal 2 Deklarasi Hak Anak itu, dikemukakan prinsip *the best interest of the child* sebagai *paramount consideration* yang berbunyi sebagai berikut, “*The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount considerations*”.³¹

Menurut Lord McDermont, “*paramountcy means more than that the child's welfare is to be treated as the top item in a list of terms relevant to the matter in question...*”.³² Dengan demikian, kepentingan kesejahteraan anak adalah

²⁹UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, (New York, USA, 1998), 28.

³⁰UNICEF, “Ibid”. Jenis diskriminasi anak yang teridentifikasi tersebut adalah berkenaan atas Gender, including marriage age of girls and boys, inheritance rights of girls and boys;

³¹Unicef, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, (New York, 1998), 39

³²Savitri Goonesekere, *Children, Law and Justice*, 114.

tujuan dan penikmat utama dalam setiap tindakan, kebijakan, dan atau hukum yang dibuat oleh lembaga berwenang.

Guna menjalankan *prinsip the best interest of the child* ini, dalam rumusan Pasal 3 ayat (2) KHA ditegaskan bahwa negara peserta menjamin perlindungan anak dan memberikan kepedulian pada anak dalam wilayah yurisdiksinya. Negara mengambil peran untuk memungkinkan orangtua bertanggungjawab terhadap anaknya, demikian pula lembaga-lembaga hukum lainnya.

Dalam situasi dimana tanggungjawab dari keluarga atau orangtua tidak dapat dijalankannya, maka negara mesti menyediakan program “jaminan sosial” (“*safety net*”).³³ Perihal jaminan sosial ini, diharmonisasikan ke dalam Pasal 8 UU No. 23/2002 yang secara eksplisit menyebutkannya sebagai hak anak yang wajib diselenggarakan oleh Pemerintah.

Bahkan dengan rumusan Pasal 3 ayat (3) KHA, Negara mesti menjamin institusi-institusi, pelayanan, dan fasilitas yang diberikan tanggungjawab untuk kepedulian pada anak atau perlindungan anak yang sesuai dengan standar yang dibangun oleh lembaga yang berkompeten. Negara mesti membuat standar pelayanan sosial anak, dan memastikan semua institusi yang bertanggungjawab mematuhi standar dimaksud dengan mengadakan monitoring atas pelaksanaannya. Maksudnya, tidak semestinya anak berjuang sendiri namun Negara harus ikut campur dalam urusan perlindungan hak-hak anak, karena Negara berkepentingan akan mutuarganya.³⁴

C. Evolusi kapasitas anak

KHA memposisikan peran penting dan strategis dari orangtua (*parent*) dalam memastikan realisasi hak-hak anak. Beberapa pasal relevan dengan isu ini, yakni pasal 5, 9, 12, 14, 18 KHA. Pasal 5 KHA menghormati tanggungjawab, hak, dan kewajiban orangtua. Bahkan, keluarga besar (*extended family*) atau komunitas yang disediakan dalam adat setempat, wali ataupun orang-orang lain yang secara hukum yang bertanggungjawab atas anak. Pasal 5 KHA menentukan peran orangtua, yakni: memberikan pengarahan (*direction*) dan panduan (*guidance*) guna pelaksanaan hak anak dalam KHA, sesuai dengan perkembangan kemampuan anak (*evolving capacities of the child*).

³³Unicef, “Op.Cit”, 44.

³⁴Lihat Muhammad Joni dan Zulchaina Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), 106.

Dengan demikian, pasal 5 KHA, mengemukakan konsep orangtua (*parent*), dan konsepn “*responsibilities*” *for their child*. Dalam *Implementation handbook of CRC*, pasal 5 KHA menjelaskan esensi *parental direction and guidance* adalah tidak tak terbatas (*not unlimited*). Hal ini mesti dipahami secara konsisten dengan “*evolving capacities of the child*”. Dalam hal pelaksanaan peran orangtua ini (pasal 5), maka negara peserta (*state party*) mengupayakan hal terbaik agar prinsip bahwa kedua orangtua (ibu dan bapak) memikul tanggungjawab bersama untuk membesarkan dan mengembangkan anak.

Konsep “*Evolving capacities*” dari anak adalah satu dari konsep penting KHA yang mengakui dalam perkembangan anak menjadi orang dewasa yang independen mesti dengan penghormatan dan pemajuan masa kanak-kanak. Menurut *The Manual on Human Rights Reporting* (1977), memberikan keterkaitan antara “*evolving capacities*” anak dengan pasal 12 (hak membentuk pandangan sendiri – *own views the right to express those view freely*) dan 13 KHA (hak secara bebas menyatakan pendapat = *right to freedom of expression*).

Pasal 9 ayat 3 KHA, negara menjamin hak anak yang terpisah dari orangtuanya (*separated children*) untuk mempertahankan hubungan pribadi (*personal relations*) dan hubungan langsung (*direct contact*) secara tetap dengan orangtuanya.

Pasal 12 KHA, menjamin hak anak berpendapat secara bebas dalam segala masalah (*all matters*), namun pandangan anak itu dilaksanakan dengan mempertimbangkan 2 kriteria kembar (*twin criteria*), yakni: umur (*age*) dan kematangan anak (*maturity*).

Pasal 14 ayat 2 KHA, menghormati hak dan kewajiban orangtua memberikan pengarahan kepada anak (*provide direction the child*) dalam menerapkan haknya sesuai dengan perkembangan kemampuan anak (*evolving capacities of the child*).

Pasal 18 KHA, mengupayakan secara ternaik agar prinsip kewajiban dan tanggungjawab kedua orangtua (*both parent*) yakni ibu dan bapak secara bersama-sama- untuk membesarkan dan mengembangkan anak.

Namun pengakuan peran orangtua, dalam KHA dipahami sebagai bentuk dukungan untuk realisasi dan pemenuhan hak anak. Akan tetapi, bukan dipahami sebagai bentuk dari pengakuan atas hak absolut orangtua atas anaknya.

Tidak diterima paradigma “non intervention” terhadap tanggungjawab orangtua atas anaknya. Sehingga, diakui adanya ruang bagi Negara dan masyarakat untuk memberikan intervensi melindungi anak, jika hak-hak anak terabaikan. Dalam konteks ini, yang dipertimbangkan paling utama adalah kepentingan terbaik bagi anak.

Prinsip *the best interest of the child* ini, memberikan ruang bagi Negara dan masyarakat untuk intervensi, dan memberikan ruang bagi anak untuk berpartisipasi. KHA sebagai instrumen hak anak juga memikirkan pengurangan hak orangtua dan keluarga untuk mengakomodir proses “*evolving capacities of the child*”.³⁵ Karenanya, kepentingan terbaik bagi anak menjadi pertimbangan yang utama.

Dalam kasus atau keadaan kontras, argumentasi atupun prinsip *the best interest of the child* ini, penting dan relevan dalam memberikan hak-hak privat anak, misalnya hak atas pemeliharaan (*hadhonah*) anak yang masih *mumayyiz*, yang (demi kepentingan terbaik bagi anak) tidak absolut dan imperatif hanya diberikan kepada ibu saja.

IV. Implikasi Perkawinan Tidak Dicatatkan pada Anak

Perkawinan yang tidak dicatatkan akan merugikan kepentingan dan mengancam pemenuhan, perlindungan dan penegakan hak anak. Sebagai peristiwa hukum, perkawinan tentu berkorelasi langsung dengan anak-anak yang dilahirkan. Baik menyangkut hukum keluarga maupun hak-hak anak yang dijamin sebagai hak asasi manusia (*child's rights are human rights*).

A. Hak dalam Hukum Keluarga

Adanya perkawinan yang tidak dicatatkan, dalam bentuk dan konstruksi apapun, merupakan hambatan dan mengandung resiko bagi pengakuan dan pemenuhan hak-hak anak dalam hukum keluarga. Walaupun secara biologis anak yang dilahirkan berasal dari proses reproduksi pertemuan antara *ovum* si ibu dengan *spermatozoa* si ayah dan telur ibunya, apakah itu dengan hubungan seksual (*coitus*) atau cara lain sesuai teknologi, namun atas perkawinan yang tidak dicatatkan (apalagi yang tidak dikehendaki, tidak diakui, dan non marital child), berdampak pada hubungan perdata, pengakuan nasab atau

³⁵Savitri Goonesekere, *Children, Law and Justice*, 96.

garis keturunan (formal), hak mewaris, pemeliharaan dan biaya hidup, bahkan kasih sayang dan tanggungjawab orangtuanya untuk tumbuh dan kembang anak. Apalagi anak dalam periode evolusi kapasitas yang membutuhkan peran ganda orangtua menjaga keturunannya.³⁶

Kemungkinan besar terjadinya penerlantaran anak dalam hal perkawinan tidak dicatatkan karena mengancam hak atas nasab, mewaris, pemeliharaan dan biaya hidup, serta pengasuhan.

Dalam kenyataannya, terhadap anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan berdampak pada pemenuhan hak-hak anak dalam hukum keluarga, dan secara bersamaan berdampak pula bagi pemenuhan hak-hak anak sebagai HAM dan sebagai subyek warganegara, seperti hak atas identitas (akte kelahiran, relasi kekerabatan, kewarganegaraan).

Lebih parah lagi terhadap anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan dengan indikasi eksploitatif, atau yang tidak diakui nasab dan dikucilkan dari pergaulan sosial dengan keluarga/kerabat sehingga menghilangkan status sosial sebagai anak dari ayahnya, maka mungkin sekali keadaan sedemikian seakan-akan merupakan non marital child.

Secara faktual, realitas anak-anak yang lahir dari perkawinan yang kemudian dikualifikasi non marital child merupakan fakta sosial yang tidak terbantahkan dan tidak tersembunyikan. Karena itu Negara tidak semestinya abai dan tidak melindungi dengan regulasi. Kenyataan itu sudah seperti kebiasaan dunia manusia, karena tak cuma permasalahan spesifik Indonesia³⁷.

Bahkan, dalam berbagai kasus yang dilaporkan kepada KPAI justru perkawinan tidak dicatatkan untuk poligami dilakukan oleh orang yang berpendidikan, memiliki jabatan, dan kemampuan ekonomi yang akhirnya berakibat panjang terhadap masalah hukum lainnya.

³⁶Menjaga keturunan termasuk hak insani yang dikenal sebagai bagian dari hak asasi dalam Islam, Konsep hak-hak insani, yang dikenal umum sebagai HAM, dalam pendapat al Ghazali menyebutkan *al-Kulliyat/al-Maqashid al-Khamsah*, atau 5 (lima) hak-hak dasar universal, yaitu (1) berhubungan dengan perlindungan jiwa dan tubuh (*Hifdz an-Nafs*); (2) berhubungan dengan perlindungan akal (*Hifdz al-Aql*); (3) perlindungan atas agama/keyakinan (*Hifdz ad-Din*); (4) perlindungan atas harta benda (*Hifdz al-Mal*); (5) perlindungan atas kehormatan dan keturunan (*Hifdz al-Irdl wa al-Nasl*). Lihat, Masdar Farid Mas'udi, *Syarah Konstitusi UUD*, 141-142.

³⁷Di Asia Selatan juga mengalami permasalahan non marital child yang diabaikan dalam hukum keluarga, dan jarang tersentuh oleh regulasi dan kebijakan negara. Lihat, Savitri Goonesekere, *Children, Law and Justice*, 147.

B. Hak mengetahui asal usul orangtua dan pengasuhan anak

Anak berhak mengetahui (asal usul) orangtuanya, dibesarkan dan diasuh orangtuanya sendiri [Pasal 7 ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2002]. Dalam banyak kasus, kerabat non marital child mengadukan dan meminta pengakuan dan tanggungjawab orangtua biologis. Hal ini yang bersesuaian dengan Putusan MK Nomor 46/PUU-VII/2010.

Sebaliknya kerap kali terjadi pula perebutan anak dan pengasuhan anak yang dilahirkan dari perkawinan tidak dicatatkan, ataupun mengubah identitas anak yang tidak diinginkan (*unwanted child*) dengan menitipkan pada orang atau lembaga yang tidak berizin³⁸, sehingga dalam berbagai kasus terjadi pemalsuan asal usul anak, identitas dan bahkan penjualan anak/bayi. Tak jarang juga dilakukan dengan modus pengangkatan anak yang tidak sah, karena tidak dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan³⁹.

C. Hak atas identitas

Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan, dengan demikian tidak tercatat ke dalam sistem pencatatan, dan karenanya tidak memiliki dokumen formal yang diterbitkan Pemerintah. Hal ini menjadi hambatan yuridis dalam pemenuhan hak atas identitas, yakni hak atas akte kelahiran. Oleh karena rezim hukum administrasi kependudukan versi UU Nomor 23 tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, dan berbagai Peraturan Daerah (Perda) maupun Peraturan Bupati⁴⁰ mengenai akte kelahiran

³⁸Pada pertengahan November 2005 praktik bidan sekaligus yayasan IS digerebek Kepolisian Resor (Polres) Metro Bekasi atas dugaan penjualan bayi dan kekerasan terhadap anak usia 10 tahun. Warga sekitar sebagai “meniup pluit” mengadukan pemilik/pengurus yayasan ke Komnas Perlindungan Anak dan selanjutnya ditindaklanjuti oleh polisi.

³⁹Saat ini sudah diatur dengan PP Nomor 54 Tahun 2007 tentang Pengangkatan Anak. Dalam PP No 54 Tahun 2007 diatur mengenai prinsip pengangkatan anak yaitu: (1) seagama antara anak dengan orangtua angkat; (2) dilakukan untuk kepentingan terbaik bagi anak; (3) tidak memutuskan hubungan darah anak dengan orangtua kandungnya; (4) pengangkatan anak intercountry hanya upaya terakhir; dan (5) Kewajiban memberitahukan asal usul anak; (6) . Jenis Pengangkatan anak, yakni domestic dan antar negara. Untuk engangkatan anak antar negara (intercountry adoption) hanya sah jika dilakukan dengan 2 (dua) tahapan dan 2 (dua) putusan/ijin, yakni: (1) Mengantongi lebih dahulu ijin Menteri Sosial; (2) Memperoleh Putusan Pengadilan Negeri yang berwenang memeriksa permohonan pengangkatan anak antara negara.

⁴⁰Beberapa Perda mengenai akte kelahiran seperti Peraturan Bupati Bintang Nomor 5 Tahun 2007 tentang Standar Pelayanan Minimum (SPM) Perpanjangan KTP dan Akte Kelahiran, dalam Pasal 9 membuat syarat pelaporan kelahiran dengan Akte Perkawinan/Surat Nikah orangtua bayi, KTP dan Kartu Keluarga, surat keterangan lahir dari rumah sakit bersalin/puskesmas/poliklinik/dokter praktek

menganut stelsel aktif bagi Penduduk⁴¹. Selain itu juga mensyaratkan dokumen formal (surat nikah, Kartu Tanda Penduduk-KTP, Kartu Keluarga-KK) untuk menerbitkan akte kelahiran, membatasi jangka waktu pelaporan, dan penarikan biaya sebagai retribusi sehingga menghambat pencatatan kelahiran anak.

Alih-alih untuk anak yang dari perkawinan tidak dicatatkan, pemenuhan hak identitas yakni akte kelahiran atas anak dari perkawinan yang sah (dicatatkan) saja masih belum memadai atau cenderung gagal dilaksanakan. Anak Indonesia yang memiliki akta kelahiran sekitar 54,79 persen, dari jumlah tersebut 14,57 persen tidak dapat menunjukkan akta kelahiran, sedangkan jumlah anak yang tidak memiliki akta kelahiran 44,09 persen (Susenas 2010, BPS).⁴² Jika dibanding dengan data kependudukan tahun 2005, pencatatan kelahiran setelah disahkannya UU Nomor 23 Tahun 2006 bisa dikatakan gagal. Karena tidak ada kenaikan signifikan dalam pencatatan kelahiran anak yang menggunakan asas “Stelsel Aktif bagi Penduduk”, sebagaimana data berikut ini. Data Penduduk Usia 0-4 Tahun yang Memiliki Akta Kelahiran menurut Provinsi (Sensus BPS, 2005), sebelum UU No. 23 Tahun 2006 disahkan, sebanyak 42,82%. Sedangkan data Penduduk Usia 0-4 Tahun yang Memiliki Akta Kelahiran, (BPS, Susenas 2011), setelah UU Nomor 23/2006 disahkan sebanyak 59%.

Terbukti pula dengan pengakuan Pemerintah cq Menteri Dalam Negeri RI perihal kegagalan stelsel aktif pada Penduduk, dengan diterbitkannya Surat

swasta/bidan praktek swasta; eraturan Walikota Kendari Nomor 12 Tahun 2008, Pasal 34 mensyaratkan buku nikah/akte perkawinan, KTP, Kartu Keluarga. Lihat Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementerian Hukum dan HAM, *Evaluasi Aktualisasi Kebijakan Pemerintah Dalam Pemenuhan Hak Identitas Anak*, (Jakarta: 2008), 14-29.

⁴¹Asas stelsel aktif bagi Penduduk ini justru bertentangan dengan konsireran UU Nomor 23 Tahun 2005 itu sendiri, yang menganut filosofi kewajiban Negara memberikan status pribadi dan status hukum seseorang. Konsideran “Mengingat” huruf a UU Nomor 23/2006 berbunyi “*bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undangundang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pada hakikatnya berkewajiban memberikan perlindungan dan pengakuan terhadap penentuan status pribadi dan status hukum atas setiap Peristiwa Kependudukan dan Peristiwa Penting yang dialami penduduk Indonesia yang berada di dalam dan/atau di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia*”;

⁴²Lihat dalam “Laporan Indonesia Pelaksanaan Konvensi Hak Anak”, dipaparkan dalam http://www.kotalayakanak.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1662:laporan-indonesia-pelaksanaan-konvensi-hak-anak&catid=60:laporan-kha&Itemid=76, sumber diunduh tanggal 22 Januari 2013, pukul.5:39 PM. Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak Linda Agum Gumelar menyampaikan bahwa terdapat 50 juta anak dari 80 juta anak Indonesia belum terlindungi identitasnya atau belum memiliki akta kelahiran.

Edaran Menteri Dalam Negeri RI No. 472.11/3444/SJ tanggal 13 September 2011, yang pada pokoknya menentukan bahwa “anak-anak yang lahir setelah UU No 23/2006 dan belum mengurus akta kelahiran dapat dilayani dan diterbitkan akta kelahirannya tanpa penetapan pengadilan”.

Jika ditelaah secara mendalam UU Nomor 23 Tahun 2006, maka terdapat berbagai faktor yang menghambat anak memperoleh hak identitas atas akte kelahiran, yakni⁴³:

- (1) Asas “stelsel aktif bagi Penduduk”⁴⁴.
- (2) Syarat-syarat formal pencatatan kelahiran (surat nikah/akte perkawinan, KK, KTP)⁴⁵.
- (3) Pembatasan waktu 60 (enam puluh) hari melaporkan kelahiran⁴⁶ menjadi hambatan dalam akses pencatatan kelahiran, jika melewatinya akan menjalani prosedur lebih panjang⁴⁷.

⁴³Bersumber dari naskah Pengujian Materil atas UU Nomor 23 Tahun 2006 yang disiapkan oleh KPA dan lembaga swadaya masyarakat yang konsern dengan perlindungan anak. Penulis dimandatkan KPAI sebagai koordinator litigasi untuk uji materil UU Nomor 23 Tahun 2006 tersebut.

⁴⁴Asas ini ditemukan dalam Penjelasan Umum UU Nomor 23/2006 pada alinea 10, kalimat pertama yang berbunyi “Pendaftaran Penduduk pada dasarnya menganut stelsel aktif bagi Penduduk”. Asas stelsel aktif bagi Penduduk ini justru bertentangan dengan konsideran UU Nomor 23 Tahun 2005 itu sendiri, yang menganut filosofi kewajiban Negara memberikan status pribadi dan status hukum seseorang sebagaimana konsideran “Mengingat” huruf a UU Nomor 23/2006.

⁴⁵Syarat-syarat formal dan keabsahan formal dokumen merupakan hambatan penerbitan akte kelahiran yang berimplikasi kepada pengabaian hak-hak anak atas identitas secara setara tanpa diskriminasi. Lihat Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementerian Hukum dan HAM, “Op. Cit”, 76.

⁴⁶Ketentuan pasal 27 ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2006 yang berbunyi: “Setiap kelahiran wajib dilaporkan oleh Penduduk kepada Instansi Pelaksana di tempat terjadinya peristiwa kelahiran paling lambat 60 (enam puluh) hari sejak kelahiran”.

⁴⁷Ketentuan Pasal 32 ayat 1 UU Nomor 23/2006 yang berbunyi: “Pelaporan kelahiran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 ayat (1) yang melampaui batas waktu 60 (enam puluh) hari sampai dengan 1 (satu) tahun sejak tanggal kelahiran, pencatatan dilaksanakan setelah mendapatkan persetujuan Kepala Instansi Pelaksana setempat”. Selanjutnya Pasal 32 ayat (2) UU Nomor 23/2006 yang berbunyi: “Pencatatan kelahiran yang melampaui batas waktu 1 (satu) tahun sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dilaksanakan berdasarkan penetapan pengadilan negeri”. Ketentuan ini diikuti oleh Peraturan Daerah, misalnya Perda Kota Kendari Nomor 8 Tahun 2007 tentang Penyelenggaraan Administrasi Kependudukan dalam rangka Sistem Informasi Kependudukan. Dalam Pasal 38 Perda tersebut pencatatan kelahiran anak yang lebih dari 60 hari sampai dengan satu tahun sejak kelahirannya dilaksanakan setelah mendapat persetujuan Kepala Instansi Pelaksana Pendaftaran Penduduk dan Pencatatan Sipil. Pencatatan kelahiran yang melampaui batas waktu 1 (satu) tahun dilaksanakan berdasarkan Penetapan Pengadilan Negeri.

- (4) Pengenaan sanksi denda atas keterlambatan⁴⁸.
- (5) Tidak adanya fasilitasi dan bantuan Pemerintah⁴⁹.
- (6) Tidak adanya tindakan afirmatif untuk anak dari kawasan terisolir, anak berkesulitan khusus, anak tanda dokumen perjalanan (paspor) yang mengikuti orangtuanya bekerja di luar negeri⁵⁰.
- (7) Belum bebas biaya akte kelahiran⁵¹.

D. Hak atas jaminan sosial, dan pendidikan

Oleh karena akte kelahiran adalah yang pertama, maka ketiadaan akte kelahiran berimplikasi luas kepada pemenuhan hak-hak anak lain, terutama hak atas jaminan sosial dan pendidikan. Dalam hal perkembangan regulasi dan kebijakan jaminan sosial yang cenderung mengarah kepada

⁴⁸ Ketentuan Pasal 90 ayat 1 UU Nomor 23/2006 yang berbunyi: “Setiap penduduk dikenai sanksi administrasi berupa denda apabila melampaui batas waktu pelaporan peristiwa penting dalam hal: (a) Kelahiran sebagaimana dimaksud dalam pasal 27 ayat (1) atau pasal 29 ayat (4) atau pasal 30 ayat (6) atau pasal 32 ayat (1) atau pasal 33 ayat (1)”.

⁴⁹ UU Nomor 23 Tahun 2006 tidak membuat norma fasilitasi kepada penduduk tidak mampu, namun hanya menunggu dan berlindung dari kata “dapat” yang tidak mewajibkan fasilitasi Pemerintah. Lihat ketentuan Pasal 26 ayat 1 UU Nomor 23/2006 yang berbunyi: “Penduduk yang tidak mampu melaksanakan sendiri pelaporan terhadap Peristiwa Kependudukan yang menyangkut dirinya sendiri dapat dibantu oleh Instansi Pelaksana atau meminta bantuan kepada orang lain”. Padahal, secara konstitusional akte kelahiran sebagai HAM merupakan tanggungjawab Negara, sesuai dengan Pasal 28I ayat (4) UUD 1945 yang berbunyi “Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggungjawab Negara, terutama pemerintah”. Lagi pula, Negara bukan hanya sebagai penjaga malam tetapi melaksanakan kesejahteraan sebagai Negara kesejahteraan. Dalam Pembukaan UUD 1945 negara Republik Indonesia adalah Negara berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*) dalam arti Negara pengurus (*verzorgingsstaat*) sebagaimana alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Dengan diembannya tugas Negara menyelenggarakan kesejahteraan umum, maka Negara turut campur tangan dalam mengurus kesejahteraan rakyat dalam bidang hukum, sosial, politik, ekonomi, budaya, lingkungan hidup, serta pertahanan dan keamanan. Lihat Maria Farida Indriati S, *Ilmu Perundang-undangan (1) – Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, (Jakarta: Penerbit Kanisius, 2007), 1.

⁵⁰ Pasal 25 ayat (1) UU No. 23 Tahun 2006 berbunyi, “Instansi Pelaksana wajib melakukan pendataan Penduduk Rentan Administrasi Kependudukan yang meliputi (a) penduduk korban bencana alam; (b) penduduk korban bencana sosial; (c) orang terlantar; dan (d) komunitas terpencil. Ketentuan itu bersifat limitative, dan tidak memberikan *affirmative action* bagi pencatatan kelahiran anak yang berada dalam kesulitan khusus.

⁵¹ Banyak daerah masih memungut biaya, walaupun berlaku secara beragam baik nominalnya maupun sasaran usia anak yang dikenakan. Lihat saja Perda Kabupaten Bone Nomor: 10 Tahun 2003 tentang Perubahan atas Peraturan Daerah Kabupaten Bone Nomor 7 Tahun 1999 tentang Retribusi Penggantian Biaya Cetak Kartu Tanda Penduduk dan Akta Catatan Sipil, yang menentukan akta kelahiran bebas biaya untuk anak umur nol sampai dengan 5 (lima) tahun untuk anak pertama, kedua, ketiga, dan seterusnya.

dokumen formil, maka anak-anak yang tidak memperoleh akte kelahiran karena tiadanya perkawinan tidak dicatatkan akan semakin tersingkirkan dari akses jaminan sosial. Namun, Pemerintah semestinya tidak mengabaikan anak-anak dari perkawinan tidak dicatatkan, ataupun non marital child karena tidak absah jika diabaikan hak-haknya.

Formalitas dokumen, syarat dan prosedur penyelenggaraan jaminan sosial dan pendidikan akan menghambat akses anak-anak tanpa akte kelahiran. Sehingga perlu terobosan untuk mengatasi dampak dari perkawinan tidak dicatatkan terhadap anak.

Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Muhammad Nuh menyatakan sekitar 70% anak yang belum memiliki akte kelahiran itu adalah anak usia sekolah⁵².

Itulah sebabnya Pemerintah cq Menteri Dalam Negeri RI perihal kegagalan stelsel aktif pada Penduduk, dengan diterbitkannya Surat Edaran Menteri Dalam Negeri RI No. 472.11/3444/SJ tanggal 13 September 2011, yang pada pokoknya menentukan bahwa “*anak-anak yang lahir setelah UU No 23/2006 dan belum mengurus akta kelahiran dapat dilayani dan diterbitkan akta kelahirannya tanpa penetapan pengadilan*”. Walaupun kebijakan ini tidak banyak membantu karena hanya “jembatan darurat” saja, yang tidak mengatasi hambatan yuridis dalam pemenuhan hak identitas anak. Oleh karena itu tidak memadai mengatasi kegagalan pencatan kelahiran di Indonesia.

E. Hak perlindungan dari eksploitasi dan pernikahan dini

Dalam berbagai bentuk eksploitasi anak, termasuk perdagangan anak, penyebab terjadinya termasuk tidak adanya akte kelahiran anak.⁵³ Banyak anak-anak yang menjadi korban eksploitasi akibat tidak adanya dokumen identitas yang sah.

Selain itu, perkawinan usia dini juga berkorelasi dengan praktik perkawinan tidak dicatatkan, sehingga berdampak pula pada anak dan eksploitasi anak. Mencegah pernikahan pada usia anak-anak atau perkawinan

⁵²<http://www.kopertis12.or.id/2012/06/02/ayo-percepatan-kepemilikan-akte-kelahiran-dalam-rangka-perlindungan-anak.html>.

⁵³Lihat Irwanto, dkk, *Perdagangan Anak di Indonesia*, (Jakarta: Kantor Perburuhan Internasional Program Internasional Penghapusan Perburuhan Anak dan Jurusan Ilmu Kesejahteraan Sosial FISIP - UI, 2001), 41.

dini merupakan kewajiban orangtua yang ditegaskan dalam Pasal 26 ayat (1) huruf c UU Nomor 23 Tahun 2002, karena dikuatirkan menjadi pintu masuk berbagai bentuk eksploitasi anak. Oleh karena itu perlu merevisi batas usia perkawinan agar mencegah perkawinan usia anak-anak.

Menurut data, secara nasional sebesar 1,59 persen anak perempuan berumur 10-17 tahun berstatus kawin dan pernah kawin (Perdesaan 2,17%; Perkotaan 0,98%), dari jumlah tersebut kawin pertama usia <15 tahun 35,78%, kawin pertama usia 16 tahun 37,03%, dan kawin pertama usia 17-18 tahun sebesar 27,19 % (Susenas 2010, BPS)⁵⁴.

V. Simpulan

Masalah perkawinan tidak dicatatkan bukan masalah sederhana, dan urusan personal namun menjadi isu hak-hak anak dan HAM, yang karenanya tidak lepas dari tanggungjawab dan peran Negara. Berbagai situasi dan analisis terhadap masalah perkawinan tidak dicatatkan dalam kaitan dengan dampaknya pada anak, dapat kemukakan beberapa butir diskusi:

- (1) Perkawinan tidak dicatatkan mempunyai akibat langsung pada anak sebagai subyek hukum dan pribadi yang dijamin, diakui, dan dilindungi hak-haknya. Karena itu, permasalahan tersebut bukan hanya berkisar hukum keluarga semata namun berkenaan HAM dan hak-hak anak sehingga menjadi tanggungjawab dan kewajiban Pemerintah sebagai penanggungjawab pemenuhan, perlindungan, pemajuan dan penegakan HAM sesuai amanat Pasal 28I ayat (4) UUD 1945;
- (2) Pemberitahuan dan pencatatan perkawinan merupakan keniscayaan dan mendukung pemenuhan dan hak anak. Perkawinan secara diam-diam tidak kompatibel dengan hak anak, karenanya perkawinan tidak dicatatkan itu *vis a vis* dengan segenap aspek perlindungan anak, baik dalam relasi dan hal ihwal hukum keluarga maupun pemenuhan hak-hak anak;
- (3) Akibat dan hambatan yuridis yang timbul dari perkawinan tidak dicatatkan tidak adil jika dibebankan kepada anak-anak, oleh karena

⁵⁴http://www.kotalayakanak.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1662:laporan-indonesia-pelaksanaan-konvensi-hak-anak&catid=60:laporan-kha&Itemid=76, diunduh 22 Januari 2013, pukul 6:29 PM.

akibat dan resiko atas perkawinan tidak dicatatkan itu tidak menjadi hambatan bagi pemenuhan hak anak. Negara mesti membuat melakukan perubahan hukum yang masih membebankan resiko dan akibat perkawinan tidak dicatatkan pada anak;

- (4) Kekosongan hukum dalam berbagai persoalan yang muncul dari/akibat perkawinan tidak dicatatkan harus diatasi. Karenanya perlu kajian hukum dan harmonisasi hukum mengatasi permasalahan perkawinan yang tidak dicatatkan termasuk segala aspek yang melingkupinya termasuk perkawinan usia anak, penyelundupan hukum atas nama perkawinan, eksploitasi anak, anak tanpa akte kelahiran, penerlantaran anak, dan reaktualisasi hukum keluarga;
- (5) Anak yang dilahirkan dalam perkawinan tidak dicatatkan tetap mempunyai hubungan hukum dengan kedua orangtuanya, dan tidak dapat dihapuskan atau dipungkiri dengan penyeludupan hukum. Alih-alih anak dari perkawinan tidak dicatatkan, anak yang merupakan non marital child sekalipun mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya, kerabat ibunya, dengan ayah biologisnya dan kerabat ayah biologisnya.

DAFTAR PUSTAKA

- Atmasasmita, Romli. *Teori Hukum Integratif-Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2012.
- Badan Penelitian dan Pengembangan HAM Kementerian Hukum dan HAM, *Evaluasi Aktualisasi Kebijakan Pemerintah Dalam Pemenuhan Hak Identitas Anak*, Jakarta: 2008.
- Goonesekere, Savitri. *Children, Law and Justice A South Asian Perspective*, New Delhi: Unicef & Sage Publications, 1998.
- Gray, John. *Children are from Heaven*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001.
- Hatta, Mohammad. *Alam Pikiran Yunani*, Jakarta: Universitas Indonesia Press dan Tintamas, 1980.
- Indriati S, Maria Farida. *Ilmu Perundang-undangan (1)-Jenis, Fungsi dan Materi Muatan*, Jakarta: Penerbit Kanisius, 2007.

- Irwanto, dkk.. *Perdagangan Anak di Indonesia*, Jakarta: Kantor Perburuhan Internasional Program Internasional Penghapusan Perburuhan Anak dan Jurusan Ilmu Kesejahteraan Sosial FISIP – UI, 2001.
- Joni, Muhammad dan Zulchaina Tanamas. *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.
- Joni, Muhammd. “Nikah Siri Tak Hapus Hak Akte Kelahiran Anak”, *Warta KPAI Edisi II* (2010).
- Mahadi. *Falsafah Hukum Suatu Pengantar*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1989.
- Mas’udi, Masdar Farid. *Syarat Konstitusi UUD 1945 Dalam Perspektif Islam*, Jakarta: Pustaka Alfabet dan Lembaga Kajian Islam & Perdamaian (LaKIP), 2010.
- Misra, Neha dan Ruth Rosenberg. “Perbudakan Berkedok Pernikahan dan Pengantin Pesanan”, dalam Ruth Rosenber (Editor), “Perdagangan Perempuan dan Anak di Indonesia”, Jakarta: IOMC dan ACILS, 2003.
- Redaksi. “Keadilan bagi Anak di Luar Nikah”, *Majalah Konstitusi* No. 61-Februari (2012).
- Redaksi. “KPAI Ingatkan Pernikahan Siri-Dampak Problem Sosial Anak”, *Warta KPAI Edisi II* (2010).
- T. Jafizham. *Persentuhan Hukum di Indonesia dengan Hukum Perkawinan Islam*, Jakarta: Mestika, 2006.
- Unicef. “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”, New York, 1998.
- UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, New York, USA, 1998.
- Unicef, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, New York, 1998.
- Zulkarnaen, Sander Diki. “Hindari Penelantaran Anak Akibat Nikah Siri”, dalam *Warta KPAI Edisi II*, (2010),
- www.ecpat.com/EI/Publications/CST/CST_FAQ_BAHASA.
- www.kotalayakanak.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1662:laporan-indonesia-pelaksanaan-konvensi-hak-anak&catid=60:laporan-kha&Itemid=76.

www.kotalayakanak.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1662:laporan-indonesia-pelaksanaan-konvensi-hak-anak&catid=60:laporan-kha&Itemid=76.

www.hukumonline.com/berita/baca/hol15650/kawin-kontrak-antara-agama-hukum-dan-realita.

www.kopertis12.or.id/2012/06/02/ayo-percepatan-kepemilikan-akte-kelahiran-dalam-rangka-perlindungan-anak.html.

